POR MATIAS DE TRIANA, EN NOMBRE DE LOS POBRES de esta Ciudad de Granada.

EN EL PLEYTO.

Con Francisco Baez, y D. Ysabel de la Paz, primos de Domingo Martin de Torres, difunto, vezinos todos della.

N. 1. EL Hecho puntual deste negocio consiste. Lo primero, que el dicho Domingo Martin de Torres otorgò su testamento cerrado ante Iuan de Montalvan, escriuano, en 2. de Nouiembre de 659. y entre otros legados q̃ por el dexò, fue vno.

2 ¶ Ibi: *Mando a doña Ysabel de la Paz mi prima seyscientos ducados para criar sus hijos.*

3 ¶ Y otro, illic: *Mando a Francisco Baez mi primo 500. ducados, y mas vn vestido de paño de Segouia nueuo, de color, con vn jubon de pelsa. Y todos mis vestidos se repartan entre el dicho Francisco Baez, y Fernando de Ribera, marido de doña Ysabel de Paz mi prima.*

4 ¶ Tambien mando: *Que desde el dia de su entierro en ocho dias se entregassen de sus bienes mil reales a Matias de Triana para que los repartiesse entre cien pobres a su voluntad.*

5 ¶ Dexò por sus Albaçeas a doña Alfonsa Couo de Valseca su muger, y a Iuan Ximenez de la Cerda, mercader de sedas, y a el dicho Francisco Baez su primo, *y cien ducados a cada vno de estos dos, por el trabajo que en esto auiã de tener:* y por su vniuersal heredera a Doña Antonia de Torres su hija legitima, de edad de tres años.

6 ¶ Lo segundo, que en 6. de Nouiembre, quatro dias despues deste testamento, el dicho Domingo Martin otorgò vn codicilio ante el proprio escriuano, en que dixo:

7 ¶ *Es mi voluntad, y mando, que despues de pagadas las mandas, y legados de mi testamento, lo que sobrare del quinto de mis bienes se distribuya en limosnas, y obras Pias, a voluntad de mis Albaçeas, y de Matias de Triana, vezino de esta Ciudad, que para ello desde luego les doy el poder que de derecho se requiere: y esto se haga en el tiempo que con comodidad le pudieren cumplir.*

8 ¶ Lo tercero, que auiendo muerto en 10. de Nouiembre dicho Domingo Martin, presentô peticion vn mes despues ante el Alcalde mayor desta Ciudad Fernando de Ribera, como marido, y conjunta persona de la dicha doña Ysabel de la Paz, refiriendo el dicho codicilio.

9 ¶ Y como por el dexò el remaniente del quinto, para q̃ se distribuyesse por sus Albaçeas, y Matias de Triana en limosnas, y obras pias.

10 ¶ *Y que despues delante de los dichos Albaçeas, y de otras muchas personas, el testador por via de declaracion dixo, y declarò, que su voluntad era, que las limosnas, y obras pias, en q̃ se auia de distribuir el quinto, fuesse entre sus parientes. Y replicando vna persona que alli se hallò si auia de ser entre los parientes de su muger, respondio, que no sino entre los suyos, y assi lo declarò, y porque doña Ysabel era interesada, como su prima hermana, y en todo tiempo conste de la declaracion, y voluntad. Concluyò se recibiesse informacion de los susodichos, y que los Albaçeas declarassen, protestando pedir lo que le conuiniesse.*

14 ¶ El auto fue, que diesse informacion con citacion de los Albaçeas, y de Matias de Triana, y que dichos Albaçeas declarassen.

12 ¶ Citados, presentô por testigos a *Luys de Acosta, Gaspar Luys de la Parra*, el Padre *Pedro Couo, de la Compañia de Iesus*, hermano de Doña Alfonsa, *Baltasar de los Reyes, Iuan Esteuan, Don Iuan de Guzman, Fernando Baez, Maria de los Santos, y Diego Martin*, que depusieron lo que adelante se referirâ, y tambien declararon los Albaçeas.

13 ¶ Salieron contradiciendo Matias de Triana, y Iuan Ximenez de la Cerda, diziendo se les auia de negar lo que pretendian, porque no se auia podido introduzir juyzio por informacion sumaria, que la voluntad de Domingo Martin, fue la declarada por el codicilo, el qual, ni lo alterô, ni reuocò, ni sobrevino causa

para

para ello, què auiendo copia de escriuano en Granada, y tantos, no es de presumir que si tuviera voluntad de quitar a los pobres este legado, dexara de llamar à alguno, y mas estando dentro de la casa Diego de Escos, y que de dos parientes solos que tenia se auia acordado, y dexadoles cantidades tan considerables, como las referidas, *supr. numer. 2. & 3.* y alegò otras excepciones, y concluyò *se mandasse guardar, y cumplir dicho codicilo, y clausulas del en quanto al remaniente del quinto.*

14 ¶ Dado traslado a Francisco Baez, y a doña Ysabel de Paz, respondieron auerse de estar a la vltima voluntad que delante de los testigos declarò, que es la cierta; *y concluyò deuerse destribuir dicho remaniēte entre los dos, como sus pariētes mas cercanos.*

15 ¶ Recibido el pleyto a prueua, y ratificados los testigos menos dos, que se reformaron (como adelante se aduertirà) y examinados otros de nueuo, por ambas partes salió sentencia del Alcalde mayor, en que mādô, que en fuerça de vltimo codicilio, reuocacion del primero, a que se deue estar, aplicaua el remaniente del quinto a los parientes del dicho Domingo Martin, y que todo se entregue a Francisco Baez, y a doña Ysabel de la Cruz, obligandose a que si parecieren otros, les restituiràn sus partes.

16 ¶ De que se apelô por Matias de Triana à esta Chancilleria, dixo, y expressò agrauios, y las otras partes de bien sentenciado, y recibido de nueuo a prueua con termino ordinario, y restitucion, y hechas prouanças, està concluso, y visto.

17 ¶ Y para que se reuoque, y mande guardar, cumplir, y executar en todo la clausula del codicilio del dicho Domingo Martin de Torres, como en èl se contiene, que và puesta à la letra, *supr. num. 7.* hazemos en nombre, y por los pobres de Granada esta alegacion, reduzida à algunos fundamentos, que miran vnos a defecto de voluntad, y otros de solemnidad desta que llaman disposicion vltima, q̄ son los siguientes.

(*) PRIMERO FVNDAMENTO. (*)

18 ¶ Bien reconociò el derecho quanto peligro corrian las haziendas de los difuntos, queriendose introduzir en ellas algunos ambiciosos por medios ilicitos, como lo son el valerse de los testigos, y assi diò forma de lo que se auia de obseruar en semejantes ocasiones, aumentando el numero dellos con las calidades, y en los casos que se advertiran.

19 ¶ Sic ex *l. fin. C. de fideic.* ibi: *Cum enim res per testium solemnitatem ostenditur, tunc, & numerus testium, & nimior subtilitas requirenda est, lex etenim, ne quid falsitatis incurrat, per duos forte testes compositum testamentum maiorem numerum*

rum testium expostulat, vt per ampliores homines perfectissima veritas reueletur, l. iubemus 29. §. *si enim*, C. *de testam.* illic: *Et falsitas in elogijs committitur.*

20 ¶ Et cum Aristotel. & alijs Anneo Robert. *rer. iudic. cap.* 10. *fol. mihi* 438. illic: *Multiplex autem ratio reddi potest, cur tot potius solemnitates in testamentis, quam in contractibus requirantur. Prima est, quod vltimarum voluntatum falsitati, ac suppositioni, quæ semper frequentissima fuit, ob viam iri multa solemnitatum scrupulusitate conueniens fuit.*

21 ¶ Y assi dispuso, que no otorgandose el testamento, ô codicilio ante escriuano, sino en presencia de testigos interviniessen, y se hallassen presentes siete. *l. hac consultissima*, §. *per noncupat.* C. *de testam. l.* 1. *tit.* 1. *part.* 6. Y aunque la *l.* 1. *tit.* 4. *libr.* 5. *Recop.* dize: *Que si se hiziere sin escriuano publico, que sean hay a lo menos cinco testigos, vezinos, segun dicho es.*

22 ¶ Se deue entender, en caso de no poderse facilmente hallar escriuano; no empero tendrâ lugar en vna Ciudad Populosa como Granada, donde tantos Publicos, y Reales ay, que entonces se deue estar a el derecho comun, è intervenir siete.

23 ¶ Assi parece lo dà a entender, ipsa met lex Regia, en las palabras que se siguen a las referidas, illic: *Y si no pudieren ser auidos cinco testigos, y escriuano en el dicho lugar:* explicant Cifuent. *in l.* 3. *Taur. nu.* 6. Tell. Fernand. *in dict. l. part.* 2. *n.* 14. illic:

24 ¶ *Quinto supposito, quod in testamento sufficiunt quinque testes secundum dispositionem nostræ legis, sine Tabellione, volo vos attentos reddere, quod indistinctè hoc a lege non permittitur, sed ita demum si faciliter ex qualitate loci Tabellio Publicus inueniri non possit.* Et post legis verba prosequitur illic: *Vnde infertur notabiliter, quod regulariter testamẽtum nuncupatiuum, sine scriptura publica, hodie nullo iure valet, nisi adsint septem testes secundum ius partitæ, & commune.*

25 ¶ Et concludit ibi: *Vnde si prætendatur hæreditas, seu legatum, cuiusuis personæ, ad cuius consequutionem adducatur probacio per testes, ei qui se fundat in illa dispositione, incumbit probare Tabellionem Publicum adhiberi non potuisse. Nec hæc allegatio passim admittenda est, sed ita demum quando indigentia, vel non facilitas causatur ex qualitate loci, ac si appertius diceret, si locus ita fuerit exiguus, vt vnus tantum Tabellio Publicus, vel duo adsint, qui forte sint impediti, vel absentes: tunc sufficiant quinque testes. Tamen in loco, vbi ad est copia, & abũdantia Tabellionum Publicorum, tunc quinque testes non sufficiunt.*

SE-

26 SI quiere la otra parte (como en la verdad pretẽde) que Domingo Martin otorgô en fuerça de vltima volũtad otra disposicion revocatoria de su primer codicilo: dezimos, q̃ para esto, aunq̃ fuerõ los q̃ presentô en la sumaria 9. testigos, como instrumentales, de quibus supra n. 12. se hallarâ no auer numero bastante de suficientes, ê idoneos que la puedan hazer perfecta.

27 ¶ Porque *doña Iuana de Guzman, y Maria de los Santos*, por mugeres, no puedẽ serlo, *l. qui testamento* 20. §. *mulier, ff. qui testam. fac. possunt; l. fin.* §. *lex, C. de fideicomm.* §. *testis, Inst. de testam. Ordin. l.* 1. *l.* 9. *tit.* 1. *part.* 6. *l.* 17. *tit.* 16. *part. part.* 3. ibi: *Muger de buena fama puede ser testigo en todo pleyto, fueras ende en testamento.*

28 ¶ Iul. Clar. §. *testamentum, q.* 55. *num.* 7. Tell. Fern. *in l.* 3. *Taur. part.* 1. *num.* 15. Greg. *in l.* 7. *tit.* 1. *part.* 6. verb. *dos testigos.* Spin. *de testam. gloss.* 31. *num.* 14. Matienç. *in dict. l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop. gloss.* 6. *num.* 3. Dom. Pichar. *in dict.* §. *testes Inst. de testam. num.* 8.

29 ¶ Quòd procedit etiam inter liberos, & ad pias causas, *cap. relatum, de testam.* ibi: *Testibus legitimis.* Speculator. *tit. de testam.* §. 1. *num.* 3. Federic. de Senis *cons.* 217. *num.* 1. Roman. *in auth. similitèr, C. ad l. falc.* Barbac. *cons.* 58. *circa fin. lib.* 1. Capra *cons.* 75. *num.* 55.

30 ¶ Ex nostris, Dom. Greg. Lop. *in dict. l.* 7. *tit.* 1. *part.* & *gloss.* 1. Dom. Couarruvias *de spons.* 2. *part. cap.* 8. §. 4. *nu.* 13. Ant. Gomez *in l.* 3. *Taur. num.* 84. Dom. Molin. *lib.* 2. *cap.* 8. *n.* 26. Azeu. *in dict. l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop. num.* 41. Dom. Pichard. *in dict.* §. *testis, num.* 43.

31 ¶ El Padre Pedro Couo, por Religioso, no auiendo tenido licencia de su Superior, tãpoco se tiene por legitimo, *cap. Monachi* 16. *quæst.* 1. *cap. super prudentia* 14. *quæst.* 2. Speculat. *tit. de teste,* §. 1. *column.* 11. vers. *Item excipitur, quod est Monachus.* Ioan. Fab. *in* §. *testes, col.* 1. *apud finem,* inquiens, *infrigi posse complura testamenta, in quibus testes Monachis scripti sunt.* Farin. *de testib. quæst.* 61. *à n.* 126.

32 Y aunque muchos DD. lleuan jurado, que si de hecho huviere, se conseruarà su deposicion, no puede negarse lo dudoso deste punto, que junto con las demas circunstancias que asistẽ a el intento desta parte, se deue inclinar el arbitrio a su fauor.

33 ¶ *Gaspar Luys de la Parra, y Iuan Esteuan,* a el tiẽpo de la ratificaciõ, en plenario se retractarõ, Parra, diziẽdo: *Que*

super formalitate verborum, induceret singularitatem, qua testibus fidem aufert, & hoc casu procedere communem sententiam.

122 ¶ Tùm, porque auiendo Domingo Martin en su testamento acordadose *de Francisco Baez, y doña Ysabel de la Paz* sus primos, dexandoles legados tan considerables, como 600. *ducados a cada vno;* ademas de los vestidos supr. *à num. 2. vsque ad 6.* y mandado, que *a Matias de Triana se le entregassen 1ʉ. Rs. para que èl solo los repartiesse entre pobres a su volũtad* en los ocho dias primeros despues de su muerte supr. *num.* 4. ê instituydo por su vniuersal heredera â su hija.

123 ¶ Y seys dias despues otorgado codicilo, no para otro fin, ni que contenga mas disposicion, que (quitandolo a su mesma hija) mandar, *se reparta lo que sobrare de el quinto en limosnas, y obras pias, a voluntad de sus Albaceas, y de Matias de Triana* su pr. *num.* 7.

124 ¶ No es creible, ni menos digno de persuadir a ningun buen juyzio q̃ se incline a la razon, q̃ dos dias despues, por vnas palabras tan dudosas, y equiuocas, como las que contiene el pedimiento cõtrario, quisiesse alterar lo q̃ cõ tãto acierto, y por discargo de su cõciẽcia auia dispuesto, y q̃ todo el remaniẽte del quinto lo lleuen absolutamente sus parientes, quitando el repartimiento a los Albaceas, y a Matias de Triana de quien lo auia fiado, y dexado los 1ʉ. reales en el testamẽto a sola su volũtad, sicuti optimè Imperator *in l. si quãdo, C. de inoffic. testam.* ibi: *Nec enim credẽdum est huiusmodi, verbo totã obseruationẽ multis vigilijs excogitatam, atque inuẽtam auertere velle, c. Ecclesia vestra* 57. *de election.* Don Iuan Francisco del Castillo *tom.* 2. *decis.* 153. *à nu.* 43. ibi: *Ideo benedixit Raudens, variar. resolut. cap.* 40. *nu.* 38. *& cons.* 35. *nu.* 69. 70. *&* 89. *ridiculum esse per vnum verbum, velle cludere ordinationem tanto audio factam* Birnio *cons.* 302. *num.* 40. *vsque ad* 45. *vol.* 1. *& cons.* 116. *num.* 10. *volum.* 2. Surd. *decis.* 210. *num.* 11. Casanat. *cons.* 15. *num.* 42. Petr. Leonio *volum.* 2. *vltim. voluntat. cons.* 2. *num.* 28. vbi ait: *Nefas esse propter vnum verbulum euertere, & pesundare totam dispositionem.*

125 ¶ Tûm, & notatu dignissimum. Porque siendo la mãda *de lo que sobrasse del quinto para repartir en limosnas, y obras pias,* en que se comprehenden, y son interessados en primer lugar los enfermos, y desualidos que yacen en los Hospitales, sin poderse ayudar de sus personas, por los impedimẽtos que padecen, a que nos deuemos inclinar, vt optimê admonet Iustinian. *in l. si quis ad declinandam* 49. *C. de Episcop. & Cleric. §. vbi autem* 3. In hæc verba.

Vbi

38 ¶ Por manera, que estan encontrados en lo sustancial del acto, que es en el tiempo con los demas, y con la mesma parte; y assi no merecen credito, por no saberse à quales se les deua dar, *dict.l.qui falso,ff.de testib.l.eos qui,ff.de falsis*, *dict.gloss.in auth.de testib.§.& quia verb.non habebit*, *& gloss. in cap. in presentia*, verb. *dubium deprobat*. Bald. *in l. sed etsi possessori*, *§. sed et si rerum,ff.de iur.iur.* Farinac. *quæst.65.part.1.n.2.* Dom. Valenç. *consil.78.num.46.* Noguerol *allegat.25.num.318.* Menoch. *lib.5.præsumpt.23.num.4.* ibi: *Efficit etiam hæc repugnantia, & varietas, vt nulla ipsis attestationibus fides adhibeatur.*

39 ¶ Maximè, en disposicion de vltima voluntad, cuyo otorgamiento ha de celebrarse en vn punto, y tiempo, y no en diuersa, y separados, como estos testigos dizen, vnos, *el dia q̃ murio*, otro, *el dia antes*: otro, *a la noche*: la parte, y otros, *entre las tres, y quatro de la tarde*, aduersus, *l. hæredes palã, §.fin.ff.de testam.* ibi: *Vno cõtextu actionis testari oportet*: deducitur que *ex l. hac consultissima*, ibi: *Vno eodemque die, ac tempore conscribentibus, & cõsignantibus*, Et *l. si vnus, C. eod.*

40 ¶ Extra antiquiores Gratian. *cap.909.num.1.* Petra *de fideicommiss.quæst.12.à num.679.* Dom. Menchac. *de success. creat.§.22.num.21.& §.3.à num.11.* Ant. Gom. *in l.3. Taur. num.49.* Spin. *de testam.1.part.rubric.num.11.qui num.12.* rectè declarat *comprobationem testamenti Hispanica, otorgamiento, dico vnico tantum contextu testamentũ fieri debere.* Matienç. *in l.2.tit.4.lib.5.gloss.2.nu.4.ad med.* Cornel. ad Gom. *in dict. l.3.Taur.num.33.& 49.* D. Fran. Ger. de Leon *decis.40.à n.90.*

41 ¶ Et licèt opondran, que ademas de dichos nueve testigos de la sumaria, presentaron en el termino ordinario, de prueua ante el inferior a *Iuan de Narbaez, ortelano*, y en la instancia de vista en el de restitucion *à Francisco Rodriguez Seco*, mercader, que dizen auerse hallado presentes tambien, aunque el segundo *no se acuerda la ora en que fue*. Satisfacemos.

42 ¶ Tûm, que no deuen juntarse estos para llenar el numero, respecto de que todas las vezes que se trata de verificar la vltima volũtad del defunto, por solos testigos lo que se deue hazer por el escriuano, ò interessado en ella es, acudir ante la justicia referir el hecho puntual, dezir que se examinen los instrumentales, cõ citacion a el tenor del, y que hecha esta diligencia, se ponga en el registro en publica forma, y declare, y tenga por disposicion.

43 ¶ Probant. *l. publicati, C. de testam. l. ab antiquis 31.§. si vero, C. eodem*, ibi: *Sic tamen, vt ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem, & maximè, quem, vel quos hæredes sibi relinquere*

sen ciertas cantidades annuas a libertos suyos, para que se alimentassen. Despues auiendole nacido vna hija, hizo codicilo, y por el quitô la tercia parte *de todos los legados que auia dexado por el testamento*: y la mandô a la tal hija. Muerto el testador, dudose si la diminucion general de la tercia parte de todos los legados que aplicò a la hija, comprehendia tambien los annuos de los alimentos de los libertos, y responde el Cõsulto, ibi: *An etiam, cibariorum, & vestiariorum, tertia pars, ei per fideicommissum data esse videatur? Respondit, non videri.*

131 ¶ Y extendiendolo a qualquiera legado de obra pia, Roman. *in Authent. similitèr, n.* 54. *C. ad l. falsidiam*, ibi: *Quinta, quod diminutio per verba generalia facta in codicilijs eorum, quæ ibi relicta sunt ad pias causas: quoniam prout sunt integra debentur, ista est textus singularis in alimẽtis loquens, quam Nicolaus de Niapolis, ad alia pia stendit, & benè propter rationis identitatem, in l. libertis la 2. §. posthumis, de aliment. & sibar. legat.*

132 ¶ Tiraquell. *de priuilegijs piæ causæ, priuileg.* 19. Socin. *regul.* 382. *in regulario diuersorum, priuileg.* 26. qui præfacta verba transcribunt Nicolao Eberard. *in lopicis legalibus, loco* 59. *ab alimentis ad piam causam. num.* 6.

133 ¶ Guillerm. Benedict. *in cap. reinuntius*, verb. *testamentum el tercero, num.* 63. *de testam.* ibi: *Vnum tamen singulariter menti tenebis, quod ad emptio, vel diminutio relictorum in testamento, facta in codicillijs per verba generalia, non estenditur ad relicta ad pias causas: quinimò integralitèr debebuntur, nisi specificè fuissent reuocata: textus singularis in l. libertis, &c.*

134 ¶ Surd. *de aliment. tit.* 7. *priuileg.* 20. *num.* 7. & 8. Mieres *de maiorat.* 2. *part. in initio, nu.* 288. Franc. Barry *in tract. de successionib. lib.* 10. *tit.* 1. *de resolut. testament. num.* 27. vbi hac opinione iudicatum refert Tholosse, ex decis. Gerard. Maynard. ibi: *Restat nunc de tertio, quod est testamentum ad pias causas, vt dicit Maynard. lib.* 5. *cap.* 21. *sic Tholossæ iudicatum primum huiusmodi testamentum ad pias causas puta pro Xenodochio factum, siuè ageretur de institutione, siue de legatis, non censeri reuocatum per aliud, quod duodecimo die post factum fuisset, licet istud posterius contineret clausulam generalem casans, & reuocans tous, aut tres testamens.*

135 ¶ Tùm, porque si esto procede auiendo segundo testamento con clausula general, reuocatoria del primero: quid dicemus, quando el codicilo donde se dixo: lo que sobrare del quinto, *para repartir en limosnas, y obras pias*, fue ante escriuano, y testigos: y esta tal disposicion posterior, en que los contrarios se fundan,

es

sistit omnis probatio, & ideo dicitur, quod si sibi videbitur, poterit non adhibere fidem testibus, quamuis clare deponant.

49 ¶ Pinel. *in l. 2. C. de rescind. part. 3. cap. 4. num. 44.* ibi: *Probatur hæc resolutio ex notabili doctrina recepta, quæ in hac materia, sepissimè conducit, effectum probationis, pro maiori parte arbitrarium esse, vt scilicèt ex ratione, & alijs adminiculis possit iudex circunspectè recedere ab eo, quod testes (fortasse corrupte, vel decepti) asserunt.* Surd. *decis. 105. num. fin.* ibi: *Probationes enim omnes sunt arbitrariè, ita quod iudex potest non adhibere fidem testibus concludentibus.*

50 ¶ Y se tiene por causa justa la inuerosimilitud para poder el Iuez apartarse de lo que testifican, Felin. *in dict. cap. auditis, de præscript. num. 23.* ibi: *Et dicunt, in l. Lutius, quod quando testes non deponunt verosimile, potest iudex ex causa fidem nō adhibere,* Curt. Iun. *dict. cons. 17. num. 6.* Donde prosiguiendo las palabras proximè adducta, inquit: *Iusta enim dicitur causa quādo deponunt non verosimilia,* Crauet. *dict. cons. 75. nu. 22.* Que auiendo alegado à Bartul. y los demas *in dict. l. Lutius*, y conformandose con su sentir, prosequitur illic: *Iusta autem causa nō credendi talibus testibus, dicitur quando deponunt rem non verosimile,* Roland. à Valle *cons. 491. num. 44. vol. 4.*

51 ¶ Y las que concurren in præsenti son muchas. La primera, porque auiendo Domingo Martin por su testamēto q̄ con prudente, y deliberado acuerdo hizo, dexado legados tan considerables a las otras partes, y despues codicilo, mandando el remaniēte del quinto en la forma que contiene la clausula supr. *numer. 7.* no es de creer, que dos dias despues, sin causa que de nuevo sobreuiniesse, lo alterara, y destruyera todo, como se pretende, ex regula quod mutatio voluntatis non præsumitur, *l. 3. ff. de probat. l. Lutius Titius, in fin. de leg. 2. l. Paulo, §. 1. de leg. 3. l. Mauiæ, §. vlt. ff. de annuis legat. l. rem legatam, ff. de adimen. legat. l. 1. §. penult. ff. si tabel. testament. nulla ex tab. l. sancimus in fin. & l. omnium testamentorum, C. de testament.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 165. num. 1.*

52 ¶ La segunda (y que siempre hará gran bateria à todo buen discurso) que auiendo elegido el medio de assegurar sus disposiciones Domingo Martin, assi la del testamento, como su codicilo, con auer llamado a Iuan de Montaluan, escriuano, y testigos ante quien les otorgò en diuersos tiempos, parece consequente, el q̄ si huviera tenido animo de reuocar este, y hazer otra vltima voluntad, vsara de la propia solemnidad, pidiendo se le llamasse a el mesmo escriuano, ò valiera de Diego de Escos, que lo

142 ¶ Aduirtiendo, que los *parientes* que pueden introduzirse, y preten der derecho a el repartimiento, seran los que lo fueren de Domingo Martin, y puestos edictos (si llegue el caso) lo verificaren, no empero, *Francisco Baez, ni doña Ysabel de la Paz*, de los quales se acordò en su testamento, y beneficiò tanto, como dexādoles *a esta 600. ducados para criar sus hijos*, y â aquel 500. y mas otros 100. por Albaçea, y los vestidos para que los repartiessen entre si, *supr. à numer. 2. 3. & 5.*

143 ¶ Con que teniendo legados especiales para sus socorros, no estan comprehendidos, ni pueden serlo en el general de la vltima disposicion a fauor *de sus pariētes, l. cohæredi, §. qui patrem, ff. de vulgar.* Melior text. *in l. alimenta, §. Basiliæ, ff. de aliment. & cibar. legat.* Donde vn testador dexô a Basilica su liberta dies, para que de las vsuras que dellos procediessen se alimentasse, despues por otro legado general dixo, que a todos sus libertos, y libertas se le diessen *cibaria, & vestiaria, & habitationem*: dudose si se deuerian tambien a Basilica, y dize el *I. C. respondit, secundum ea quæ proponerētur, non deberi, nisi hoc quoque ei datum probaretur. Claudius, quia destinauerat alimentis eius, vsuras pecuniæ.*

144 ¶ Probatur etiam ex *l. stichus 20. in princ. ff. eod. tit. de aliment. & cibar. legat.* vbi dando libertad vn testador a Sticho, y mandandole decem annuos deinde inquit text. *alio capite libertis omnibus, quæ viuus præstabat dari iussit. Quæro an Stichus præter suum legatum, & alimenta percipere possit? Respondit secundum ea, quæ proponerentur, non posse.* Bart. *in dict. l. alimenta, §. Basilica.* Et Gotyfr. ibidem.

145 ¶ Y ademas de la resolucion del derecho, ay voluntad conocida para no comprehenderlos, como parece lo demuestra el mismo pedimiento, y testigos contrarios, que convienen, en que *preguntandole el Padre Pedro Couo a Domingo Martin, si en las limosnas que mandaua repartir por su testamento, si daria parte a su hermana:* respondiô, *que no*, ibi: *Porque yà le dexaua vn legado de 20. ducados*, que es la mesma razon para excluirlos, a que se deue atender.

146 ¶ Nam ex antecedentibus, & subsequentibus cognoscitur, & demonstratur voluntas, *l. si seruus plurium. §. fin. ff. de legat. 1. l. hæredes palam, § si quid post, ff. de testam.* Bald. *in l. precibus, C. de impuber. num.* 10. Menoch. *libr. 1. præsumpt. 18. num. 1.*

147 ¶ Et ex opinione illius in modo legandi, *l. cum Delanionis, §. assignam, ff. de fund. instruct* Surd. *decis. 41. num.* 10. Menoch. *dict. præsumpt. 18. num. 1. in fin.* Casanat. *cons. 57. num. 42.* Dom. Castill. *lib. 4. cap. 9. à num. 60.*

148 ¶ Denique (& non contemtibile) porque con auer premeditadose tanto tiempo antes de hazer el pedimento, y valiendose de numero tan exorbitate de testigos, como los que han presentado las otras partes en êl, ni algunos dellos se han adelantado a dezir, que Domingo Martin hiziesse mencion de sus personas, ni los tomo en la voca, quando pretenden dixo, que en lo que sobrasse del quinto sucediessen sus parientes.

149 ¶ Y aunque Francisco Baez ha querido dar a entender, que Domingo

der de catorce, ò diez y seys (cosa bien inuerosimil) Y aunque en posiciones con juramento, por mandado de la Sala, dize Francisco Baez: *Que la mayor parte auian ido acompañando el Santo Olio, que se diò a Domingo Martin, y que se quedaron alli, en cuya presencia declarò, &c.*

58 ¶ Es mas incierto, è increible. Porque con el Santo Olio, solo và el Cura, Sacristan, y vn acolito, que es lo vsitado en Granada, y si a la verdad fueron acõpañandole, gran descortesia, y aun groseria vsaron en no boluer, asistiendole hasta dexarlo en la Yglasia de donde le lleuaron, quæ cum inusitata, & inverosimilia sint falsitatis imaginem habent, *dict. l. ob carmen, §. fin. ff. de test. l. 40. tit. 40. part.* 3. Bald. *in l.* 1. *C. de seru. fugit. n.* 1. Gramm. *decis.* 28. *in princ.* Crauet. *cons.* 61. *num.* 9. Tiraq. *in l. si vnquam, num.* 9. *C. de recoc. don.* Menoch. *cons.* 1. *num.* 58. Mascard. *concl.* 740. *num.* 34. Barbos. *axiom.* 223. *num.* 5.

59 ¶ La tercera, porque no consiste la certeza, y valor de el acto, y disposicion testamentaria, en que solo asistan los testigos en la casa, y sitio donde el enfermo està, no, si no en que oigã de su mesmma boca el tenor, y forma de toda la contextura de su voluntad hasta el fin, *l. hæredes palam* 21. *l. qui testamenta, §. veteres, ff. de testam. l. iubemus, C. eod.* illic: *Quod si non fuerit obseruatum, & nomen hæredis, vel hæredum non fuerit manu testatoris scriptum, vel voce coram testibus nuncupatum, hoc testamentum stare minime patimur.* Consonat, *l.* 6. *tit.* 3. *part.* 6. Paris. *cons.* 33. *num.* 28. *lib.* 2. D. Menchac. *de success. creat. §.* 22. *nu.* 91. Mainer. *de testam. success. lib.* 4. *tit.* 4. *nu.* 3. D. Franc. de Barri. *de subst. lib.* 1. *tit.* 1. *de testam. num.* 37. D. Franc. Ger. de Le. *decis.* 40. *lib.* 3. *n.* 110. Roder. Suar. *alleg.* 2. *n.* 24. Matienç. *in l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop. gloss.* 4. *n.* 1. & 2. vbi inquit: *Nec satis esse omnes testes interuenisse, nisi omnia disposita perceperint, ita vt nullã particulam, etiam minimam percipere desinant.* Stayl. *resolut. for.* 54. *num.* 5.

60 ¶ Para que vengan en conocimiento, de si las palabras que dize son con animo de testar, ò de cumplimiento, ò por otro fin; pues no todo lo que hablan es para que se juzgue por vltima disposicion, *l. Diuus* 24. *ff. de testam. milit.* ibi: *Cæterum si vt plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui. Ego te hæredem facio: aut tibi bona mea relinquo: non oportet hoc pro testamento obseruari*, probaturque ex *l. quidam cum filium* 46. *ff. de hær. inst.* vbi Bald. sic: *Non ex omni voluntate testatoris agitur, sed solum ex ea, quæ transit ad dispositionem.* Plura iura congerit D. Franc. de Leon *dict. decis.* 40. *a num.* 151. *cum seqq.*

61 ¶ Segun lo qual, hagase reparo, si lo que de contrario se pretende, y Francisco Baez ha declarado, scilicet, q̃ doze per-

157 QVando los antecedentes quedaran sujetos a respuestas (que no alcançamos las aya concluyentes) nunca se podrà negar, que tantas aduertencias, consideraciones, discursos, y resoluciones legales, como las què van representadas en esta alegacion contra la vltima verbal disposicion, reduzida â solos testigos, en que las otras partes se fundan, no la ayan puesto, y reduzido a terminos de duda. Porque si lo auemos conseguido este solo medio, es eficaz, y concluyente, para que vençan los pobres en medio della.

158 ¶ La razon es. Porque licèt generaliter el derecho fauorece la validacion del testamento, esto se entiende, quando no le ay antecedente, ne paganus in testatus decedat. At verô, quando nos hallamos con el que Domingo Martin otorgò, dexando legados, y a su hija por heredera vniuersal, y despues con codicilo solemne ante escriuano, y testigos, en que *dexò el remaniente de el quinto para limosnas, y obras pias*, conque cessa el inconueniente, tunc tratandose, de q̃ este quede anulado, y resuelto por disposicion posterior, y naciendo las dudas sobre la validacion, ò nulidad desta, tunc aduersus illam debet præcisê pronuntiari, y conseruarse indemne la primitiua voluntad.

159 ¶ Assi lo resueluen in terminis Alex. *cons*. 4. *num*. 14. *in med. vol*. 7. Decius *cons*. 90. *in fin*. Ancharr. *cons*. 151. *num*. 3. Paris. *cons*. 61. *nu. fin. lib*. 2. Crauet. *cons*. 143. *num*. 15. Manent. *cons*. 9. *num*. 88. Gratian. *cap*. 48. *nu*. 24. Dom. Couarr. *de test*. 2. *part. rub. num*. 25. Mantic. *de coniect. lib*. 2. *tit*. 15. *num*. 16. ibi: *Decisio legis si pars de in officioso testam. debet restringi, vt procedat quando testator decederet in testatus, aliud est si in testatus non decedat, veluti si prius fecerit aliud testamentum, & dubitatur, an per posternis ruptum videatur, nam in dubio secundum testamentum non debet substineri. Vt prius tollatur.*

160 ¶ Cancer. *tom*. 1. *var. cap*. 4. *de testam. num*. 238. *in med. in* 2. *edit*. D. Castill. *lib*. 4. *cap*. 29. *num*. 17. Fontan. *decis*. 580. *à n*. 9. videndus omnino, que con refrescar la memoria passandola, y la decision de D. Francisco Geronimo de Leon 40. *tom*. 3. no ay mas que discurrir.

161 ¶ Estos son, señor, los fundamentos, que nuestro corto talento ha podido discurrir, segun los autos, y probanças del pleyto, y aunque pudieron mouerse otras dificultades, y puntos a la vista dèl, por no hallarme presente, no me opongo dellas, hizierame escrupulo no auer reduzido a escrito los presentes en este limitado tiempo que he tenido, quando me consta ser bien contraria â la verdad de lo que en esto ha passado la pretension de Francisco Baez, que por la modestia, y perjuyzios graues que puede resultar contra muchos, dexo de prorrumpir. Pero Dios que ha dado lugar a litigio semejante, no permitirá se quite a los pobres el socorro, que mouiô a el difunto les dexasse: assi lo esperamos, y que se ha de mandar guardar su dicho codicilo. Salva in omnibus tanti Iudicis D. C.

Lic. D. Iuan de Herrera
Pareja.

Martin cinco, ò seys noches antes, y la en que muriò, y parte de la tarde della, hasta las diez de dicha noche, y que estuuo con Diego de Escos, escriuano conuersando, y sabe, y tiene por cierto, que Domingo Martin no tuuo voluntad de reuocar la manda del remaniente del quinto que auia dexado a pobres, y obras pias de esta Ciudad, porque si la tuuiera en materia tan graue, se valiera del escriuano que tenian preuenido las partes; y fuera publico en la casa, antes vido que no se hablò dello. Y despues en restincion adelanta el dicho a mas.

68 ¶ *Diego de Escos*, escriuano Publico, que estuvo desde las dos de la tarde, del dia, en cuya noche muriô Domingo Martin en sus casas en el corredor, y saliẽdo, y entrando en la sala donde estaua enfermo, y nunca le oyò dezir, que lo que sobrasse del quinto se diesse a sus deudos, ni que reuocaua la manda hecha à los pobres, ni menos lo oyô dezir a persona alguna de la casa, y si huviera passado aquella tarde, le parece lo huviera oido dezir, ò tratar, por auer asistido hasta que tocaron las Animas, &c.

69 ¶ *Manuel Rodulfo*, caxero de Domingo Martin, que asistia dentro de su mesma casa, dize: *Viò aquella tarde en ella à Diego de Escos.* Y a la sexta pregunta: *Que acabo de dos, ò tres dias de muerto Domingo Martin, oyò hablar a el Padre Pedro Couo, que dezia auer mandado el quinto a sus parientes, pero el testigo no afirma en que sucediesse, ò no la dicha manda, porque no se hallò presente.*

70 ¶ Tambien pidieron jurassen posissiones, doña Alfonsa que fue la primera que dixo en la sumaria, y despues la presentaron por testigo las otras partes, y en la ratificacion dize: *Que lo que viò dezir a su marido, fue el dia de la noche que muriò, siendo las dos, ò tres de la madrugada, estando presente el Padre Pedro Couo su hermano, y Fracisco Baez, y no se acuerda huuiesse otra persona, y no se lo oyò dezir en otra ocasion alguna.*

71 ¶ Y Iuan Ximenez de la Cerda declarò: *Que estando la tarde de la noche que muriò Domingo Martin, en su casa, y sala donde asistiò oyò que el Padre Pedro Couo le dezia, hermano tendrà gusto que se les de a los parientes de doña Alfonsa de esto que se ha de repartir? A que respondiò, que yà les dexaua 200. reales:* y no viò otra cosa. Y despues de mucho rato le preguntô a el Padre Pedro Couo, que era aquello de repartir, y 200. reales? A q̃ le respondiò: *Que comunicaua ciertas cosas de conciencia, y entre ellas auia dicho Domingo Martin, que lo que dexaua de el quinto, fuesse, y se repartiesse entre los pariẽtes del Domingo Martin.* Y en este dicho lo ratificò en plenario la otra parte.

no se acuerda se hallasse presente, quando Domingo Martin hizo la manda del remaniente del quinto a sus parientes, aunque assistiò en la sala donde estaua enfermo, y que lo oyò al Padre Pedro Couo.

34 ¶ Y Iuan Estevan: *Que no se hallò presente a la reuocacion, que dizen hizo Domingo Martin del remaniente de el quinto, y que el motiuo que tuuo para auerlo dicho en la sumaria, fue por auerselo oido al Padre Pedro Couo, y a Francisco, Baez, y a doña Alfonsa, y à Iuan Ximenez.*

35 ¶ Que siendo contrarios entre si mesmos, no merecen credito, *l. qui falso* 16. *ff. de testib. l. eos* 27. & ibi Bart. *ff. ad l. Corn. de fals. gloss. in Auth. de testib. §. & quia verb. non habebit, gloss. in cap. in presentia,* verb. *dubium probat eod. tit.* Bald. *in l. sed et si possessori, §. sed et si rerum, num.* 2. *ff. de iur. iur.* Mascard. *de probat. conclus.* 1367. *num.* 3. Farinac. *de testib. quæst.* 67. *à n.* 321. optimà *l.* 41. *tit.* 16. *part.* 3. ibi: *Mas quando algun testigo fuere cōtrario a si mismo en su dicho, no deue valer su testimonio.*

36 ¶ Y demas desto invalidan la tal disposicion, por ser necessarios para el cumplimiento del numero que el derecho pide, *gloss. in l.* 1. *§. si quis neget, ff. quemadmod. testam. aper.* Socin. *cons.* 92. *à num.* 1. *vol.* 3. Decius *cons.* 105. *num.* 4. Becc. *cons.* 86. *num.* 11. Surd. *cons.* 129. *num.* 6. latè Marta *de success. legati,* 4. *p. quæst.* 2. *art.* 1. *num.* 1. *&* 2. *in fin.* Thesaur. *quæst. forens.* 31. *libr.* 1. *à num.* 3. Paul. Staiban. *resol.* 64. *num.* 24. ibi: *Eo magis, quia hic testis fuit vnus ex his, qui interuenerunt in stipulatione dicti testamenti, vt in eius depositione dicit, quo casu etiam si fuisset vnus, facit testamentum non valere, & ratio est; quia quando vnus ex testibus ad actum necessarijs contradicit instrumento, vel testamento, facit illum bacilare, & corruere.* Et iterum, *resolut.* 68. *num.* 12. *&* 13.

37 ¶ Concurre tambien, que Francisco Baez con juramento, por mandado de la Sala ha declarado: *Que el auer Domingo Martin dispuesto del remaniente del quinto a fauor de sus parientes, fue entre las tres, ò quatro de la tarde del dia que muriò:* y algunos testigos tambien dizen fue por la tarde. Y en dicha sumaria *Fernando Baez de Ribera* (ademas de estar probado, que no se hallò entonces en casa de Domingo Martin) se comprueva con lo que depone, ibi: *Que estando en las casas de Domingo Martin el dia antes que falleciesse, le oyô,* &c. *Y Luys de Acosta, que auiendo ido a ver à Domingo Martin, que era su amigo, el dia que muriò por la noche; tambien le oyò:* y en esto se ratificarō ambos.

Por

negocios que se ofrecieron, teste Ant. Fabr. *in C. libr. 6. tit. 7. de instit. defin. 2.* ibi: *Testes, qui deponunt de institutione facta per nuncupationem, debent esse contestes, etiam in figura, & cortice verborum, cum de nuncupatiua institutione per testes probanda agitur, quod euenit, quoties nuncupatiuum testamentum, sine scriptura factum proponitur, ij soli testes fidem faciũt, qui de verbis institutionis, sic testantur, vt non tantum in substantia voluntatis, sed etiam in verborum figuram, & corticem consentiant: alioquin non possunt videri contestes, & de vna tantum institutione sensisse, quandoquidem si scriptum testamentũ fuisset, vna tantum institutionis forma reperiretur. Ita Senatus in causa Petri Humberti, & alia causa, &c.*

80 ¶ Y tambien el de Cataluña, como lo afirma Iacobo Cancer. *lib. 1. variar. cap. 4. te testam. num. 85.* Donde auiendo referido las palabras de los testigos, y diferencia de lo contextual en la forma de la institucion, annque convenian todos en la peasona del heredero, concludit, sic: *In Regia sententia Senatus pronuntiauit, non potuisse publicari quodam testamentum Sacramentale, eo quod testes erant discordes in modo instituendi, licèt essent concordes in persona, quæ erat instituta, vt in dicta Regia sententia habetur.* Fontan. *decis. 580. n. 5. tom. 2.*

81 ¶ Resolucion que se ajusta en todo à nuestro pleyto, segun lo literal de los testigos contrarios que deponen asi.

82 ¶ Luys de Acosta dize: *Que el dia que muriò Domingo Martin por la noche, llamò a el Padre Pedro Couo, y le dixo, como auia mandado por su codicilo se repartiesse el quinto entre pobres, lo reuocaua, y mandaua, que se repartiesse entre parientes suyos.*

83 ¶ El Padre Pedro Couo: *Que aquella tarde, Domingo Martin dixo, como era su voluntad, que lo que sobrasse de el quinto, pagado su testamento, se diesse a sus parientes, y no a los pobres, como lo tenia mandado por su codicilo; porque gustaua fuessen preferidos los suyos.*

84 ¶ Baltasar de los Reyes: *Que Domingo Martin dixo, supiessen, como su vltima voluntad era, que la mãda que hazia en su codicilo, en que mandò todo el remaniente del quinto se repartiesse entre pobres, su voluntad era que se diesse a sus parientes.*

85 ¶ Fernando Baez: *Que le oyò dezir, que sin embargo que auia mandado el remaniente del quinto que sobrasse de su hazienda, se repartiesse entre pobres, que auia acordado, y era su*

vo-

linquere voluerit, & hoc post mortem testatoris iurati deponant:gloss.fin.in l.1.C.eod.gloss.ordin.in l.haredes palam,ff.eod. gloss.in l.fin.C.de fideic.

44 ¶ Menoch.*de adipisc.rem.4.nu.659.*Michael Crass. *in §.testamentum,quast.71.* Mantic. *de coniectur.libr.1.tit.7.num.7.*Palac.Rub.*in dict.l.3.Taur.num.42.*Burg.de Paz ibidē *num.*1054.Didac.Castill.verb.*escriuano,* Antón. Gom. *nu.*46. Matienç.*in l.14.tit.4.lib.5.Recop.gloss.2.nu.7.* Flores de Men. 1.*var.quast.1.num.*13.& iterum,*nu.*57.ibi: *Vltimo pramitto, quod testamentum factum coram testibus, sine scriptura, vel cū scriptura priuata debet publicari, aliàs si testes aliqui ex necessarijs deficiant, deficit etiam, & corruit testamentum.*

45 ¶ Tũm, porque aun agregandose estos dos a el numero que resta de los nueve, por reprouar, todauia no alcança, no solo a el de siete, que el derecho comun pide, no interuiniendo escriuano. Pero ni aun a el de cinco, segun la *l.1.tit.4.lib.5.Recop.* simplicitèr intellecta, etiam que no se abrasasse la interpretacion (biē literal) que le dan, Cifuent.& Tell. Fern. *in dict.l.3.Taur. vbi supr.num.*

46 ¶ Y lo principal, y en que es justo cargar la consideracion. Porque quando excediera el numero a el que la ley requiere, y los señores Iuezes vsādo del arbitrio amplio, q̄ el derecho les cōcede, no deuen darles credito alguno auiendo causa, ad textum *in l.Lutius,ff.de his qui not. infam.* vbi Bart. sic: *Vltimo potest notari exisTo: text.practicam, l.testium, §.1.de testib. dum dicit tu magis scire debes, quod posito, quod testes clare probent secundum verba, potest iudex si sibi videbitur eis non adhibere fidem, vt hic hoc tamen faciendum consulo ex causa.*

47 ¶ Hanc Barth.resolut.communem, & ab omnibus receptam testantur.Felin.*in cap.auditis,nu.13.immed.de prascript.*Deci.*cons.91.num.1.& cons.105.num.5.*vers.*Scriptus pater,*Franc.Becc.*cons.52.num.55.lib.1.*Curt.Iunior.*cons.17.*ibi: *Sic intelligitur dictum Bartol. & Angel. in l. Lutius, vbi volunt, quod iudices possunt ex causa, testibus plene deponentibus fidem non adhibere,*Crauet.*cons.75.num.22.*ibi: *Et in terminis adduco Bartol.Paulum, Angel.in l.Lutius,ff,de his, qui notāt. infam.vbi quod potest iudex ex causa testibus plenè deponentibus fidem non adhibere.*

48 ¶ Menoch.*de arbitrar.lib.2.cas.90.nu.5.*ibi: *Hoc esse summo pere notandum, quia potest iudex ex causa non adhibere fidem testibus.*Seraphin.*de priuileg.iurament.priuileg.3.d.num.9.*ibi: *Quia probationes fiunt iudici, in cuius arbitrio consistit*

sistit

linquere voluerit, & hoc post mortem testatoris iurati deponant:gloss.fin.in l.1.C.eod.gloss.ordin.in l.haeredes palam,ff.eod. gloss.in l.fin.C.de fideic.

44 ¶ Menoch.*de adipisc.rem.4.nu.659.*Michael Crass. *in §.testamentum,quaest.71.* Mantic. *de coniectur.libr.1.tit.7. num.7.*Palac.Rub.*in dict.l.3.Taur.num.42.*Burg.de Paz ibidē *num.*1054.Didac.Castill.verb.*escriuano,* Anton. Gom. *nu.*46. Matienç.*in l.14.tit.4.lib.5.Recop.gloss.2.nu.7.* Flores de Men. *1.var.quaest.1.num.*13.& iterum,*nu.*57.ibi: *Vltimo praemitto, quod testamentum factum coram testibus,sine scriptura, vel cū scriptura priuata debet publicari,aliàs si testes aliqui ex necessarijs deficiant,deficit etiam, & corruit testamentum.*

45 ¶ Tûm,porque aun agregandose estos dos a el numero que resta de los nueve,por reprouar,todauia no alcança,no solo a el de siete,que el derecho comun pide,no interuiniendo escriuano. Pero ni aun a el de cinco,segun la *l.1.tit.4.lib.5.Recop.*simplicitèr intellecta,etiam que no se abrasasse la interpretacion(biē literal) que le dan,Cifuent.& Tell. Fern. *in dict.l.3.Taur. vbi supr.num.*

46 ¶ Y lo principal,y en que es justo cargar la consideracion. Porque quando excediera el numero a el que la ley requiere, y los señores Iuezes vsādo del arbitrio amplio,q̄ el derecho les cōcede,no deuen darles credito alguno auiendo causa, ad textum *in l.Lutius,ff.de his qui not. infam.* vbi Bart. sic:*Vltimo potest notari ex isto:text.practicam,l.testium,§.1.de testib.dum dicit tu magis scire debes,quod posito, quod testes clare probent secundum verba,potest iudex si sibi videbitur eis non adhibere fidem, vt hic hoc tamen faciendum consulo ex causa.*

47 ¶ Hanc Barth.resolut.communem,& ab omnibus receptam testantur.Felin.*in cap.auditis,nu.*13.*immed. de praescript.*Deci.*cons.91.num.1.& cons.105.num.5.*vers.*Scriptus pater,*Franc.Becc.*cons.52.num.55.lib.1.*Curt.Iunior.*cons.17.*ibi: *Sic intelligitur dictum Bartol. & Angel. in l. Lutius,vbi volunt,quod iudices possunt ex causa, testibus plene deponentibus fidem non adhibere,*Crauet.*cons.75.num.22.*ibi: *Et in terminis adduco Bartol.Paulum,Angel.in l.Lutius,ff,de his,qui notāt. infam.vbi quod potest iudex ex causa testibus plene deponentibus fidem non adhibere.*

48 ¶ Menoch.*de arbitrar.lib.2.cas.90.nu.5.*ibi: *Hoc esse summo pere notandum,quia potest iudex ex causa non adhibere fidem testibus.*Seraphin.*de priuileg.iurament.priuileg.3.d. num.9.*ibi:*Quia probationes fiunt iudici, in cuius arbitrio consistit*

sistit

fiat: alterius rei causa forte rogatos ad testandum non idoneos, placet. Et ibi Gloss. verb. *rogati*, Authent. *rogati, C. de testib.* ibi: *Rogati, vt in testamentis non fortuiti, vel transeuntes veniant;* y la Gloss. verb. *in testamenti, l. vltima, in fin. C. de codicil, l. hac consultissima, in princip. C. de testam. l. 1. & 2. tit. 1. part. 6. l. 32. tit. 16. partit. 3.* ibi: *Otrosi dezimas: que pleyto de testamento en que alguno fuesse establacido por heredero, que se ha de probar por siete testigos rogados, l. 8. tit. 5. lib. 3. fori.*

93 ¶ Paul. Crastr. *in dict. l. hac consultissima, num. 2. C. de testam.* Alexand. *cons. 70. num. 21. lib. 2.* Iulius Clar. *in §. testamentum, quaest. 58. num. 1.* illic: *Licet enim regulariter in alijs actibus humanis non requiritur, quod testes sint rogati, tamen in testamentis, in quibus, vt sapè dictum est, maximus subest timor fraudis, & falsitatis, voluit lex adhiberi testes, sed ad id in specie rogatos, vt diligentius ad omnia animaduerterent.*

94 ¶ Mantic. *de coniect. vltim. volunt. libr. 2. tit. 11. num. 8.* ibi: *Ex hoc autem deducit, quod si testes examinati deponant, se fuisse praesentes, quando talis fuit testamentum in tali forma, non probant legitime factum esse testamentum, nisi etiam dixerint se fuisse rogatos, quia potuissent esse fortuiti.*

95 ¶ Stehan. Gratian. *discep. cap. 93. num. 4.* ibi: *Quia in testamentis subest maior timor falsitatis fraudis, & suppositionis, ideo cautius agendum, adhibendo rogitum testium, per quẽ tollitur omnis suspitio: argum. l. Pãpilo, §. propositum, ff. de legat. 1. Maximè, quia rogitus testium in testamentis requitur, vt appareat, verba proferri à testatore, animo deliberato non perfunctoriè, aut blandiendo, l. Diuus, de milit. testam.* con muchos Farinac. *de testib. quaest. 62. num. 134.* Iul. Clar. *§. testamentum, quaest. 58. num. 1.*

96 ¶ D. Ger. de Leon *dict. decis. 40. à num. 41.* vbi n. 44. ibi: *Licèt enim regularitèr in alijs actibus humanis non requiratur, quod testes sint rogati, tamen in testamentis, in quibus, vt saepè dictum est, maximus subest timor fraudis, & falsitatis voluit lex: adhiberi testes non fortuitos, sed ad id inspecie rogatos, vt diligentius ad omnia animatuerterint.*

97 ¶ Circunstancia tan importante, que Barth. *in l. D. Trajan. de militari testam.* nos la aconseja por cautela, ibi: *Quoniam testes, qui producuntur ad testamenti comprobationem, si deponant se audiuisse Titium instituisse talem haeredem, & non dicant se adhibitos, & rogatos ad hoc, nihil probant.* Y añade luego. *Et hoc tene menti, quando habes probare testamentum per testes, & sis cautus in formando articulos.*

An-

es del numerō, pues aquella tarde, desde las dos, ò tres della se hallaua dentro de su casa adonde auia ido, llamado para abrir el testamento, y preuenir la particion, entendiendo era ya muerto, por auerle dado vn parasismo, como èl mesmo lo declara con juramē to, y otros muchos testigos, en que no deue ponerse duda, y solo la ay, en que algunos dizen no estaua en la mesma sala, sino en los corredores.

53 ¶ Et sic no auiendolo hecho, ni executado, siendole tan facil, es presuncion segura, de que consulto, y de proposito omitiò el testar: argum. *l. item apud Labeonē*, *§. hoc adictū*, illic: *Ea enim, quæ notabilitèr fiunt, nisi specialitèr notentur, videntur quasi neglesta, ff. de in iur.* argum. *cap. ad Audientiam de decim. l. vnic. §. ad deficientes, C. de caduc. toll.* ibi: *Nam si contrarium volebat nulla erat difficultas.*

54 ¶ Consideraciō que en la propia especie haze D. Francisco Geronimo de Leon, *decis. 40. part. 3. nu. 70.* ibi: *Præterea, quod dictus Petrus Solanus non habuerit animum testandi, ex eo colligitur: nam vt ex processu resultat, Ioannes Conca, Notarius, erat scriba D. Baroniæ.* Et infra: *Et si dictus Solanes habuisset animum testandi potuisset ante ipsum Notarium condere testamentum, & reuocare, quod annis retro elapsis condiderat in scriptis, quod cum non fuerit credendum est noluisse testari.*

55 ¶ Y que se pondera tambien en vna sentencia de otro negocio tal por el Consejo de Cataluña, teste ipso D Francisco de Leon, prosiguiendo las palabras antecedentes, ibi: *Quod considerauit Consilium Regni Cataloniæ, in sententia lata die 27. septem millesimi 556.* His verbis: *Quibus, & illud maximè accedit, quod ex prædictis testibus, videlicet. Fogalot, & Ferrer, erāt Notarij, & eorum alter, scilicet Fogalot, vt ipsemet deponit, valde notus Magdalenæ Iunien: Vnde verosimilitèr est credendum: quod si dicta Magdalena testari voluisset, rogasset alterū eorum, vt de sua voluntate testamentum fecisset.*

56 ¶ Concluditque num. 107. ibi: *Et Iudex potest ex causa non adhibere fidem testibus, plenè de ponentibus, vt inquit Bart. in l. Lutius, si testes verosimilia nō deponunt: non enim credibile est, quod cum testator prædictus potuisset adhibere Notarium, & testes masculos omni exceptione maiores, fecisse testamētum nuncupatiuum coram testibus fæminis, & c.* Et sic, sola esta causa era vrgentissima aquietar el animo, y conseruar indemne el codicilo.

57 ¶ La segunda, porque segun los testigos contrarios, que afirman auerse hallado presentes a este acto, vienen a exceder

penas que las leyes ponen, *l.4.tit.7.lib.6.Recopil.*ibi: *Y que sobre las posiciones confessadas por qualquiera de las partes, los Letrados no hagan preguntas, y que si las hizieren, pague de pena cada vno tres mil marauedis, &c.*

(*) *QVINTO FVNDAMENTO.* (*)

104 SI se opusiere, que Domingo Martin no tratô de hazer nueva disposicion, si no de declarar lo que cõtenia su codicilo, para que sus parientes lleuassen lo que los Albazeas, y Matias de Triana auian de repartir en limosnas, y obras pias sup. num. 7. lo qual no necessitô de mas formalidad, que lo que algunos testigos depusiessen.

105 ¶ Veluti deducitur *ex l. hæredes palam, §. sicut post. ff. de testam.* vbi Bart. *num.* 4. Castrens. *num.* 13. Burg. de Paz *in l.* 3. *Taur. num.* 813. Cerbant. *num.* 182. Alvara. *de coniectur. lib.* 1. *cap.* 3. *à num.* 7. Dom. Castill. *lib.* 4. *cap.* 19. *n.* 28. Respondemos:

106 ¶ Que, ò *quieren Francisco Baez, y Consorte,* que los parientes que se hallaren, y huviere de Domingo Martin, estê comprehendidos, y ayan de participar de las limosnas, y obras pias que se han de repartir del quinto, *a voluntad de sus Albaceos, y de Matias de Triana.* Y esto nunca se podrà negar por estas partes, ni sus Abogados lo hã cõtradicho, antes, si, siempre conformado en ello. Y mas quando el propio Frãcisco Baez es vno de los tales Albaceas, que puede aplicar la suya à los tales parientes.

107 ¶ O su animo es, de quitar absolutamente las limosnas, y obras pias a los pobres de Granada, y el arbitrio de repartirlas a los tales Albaceas, y à Matias de Triana: y que el codicilo quedasse totalmente revocado por nueva, y vltima disposicion contraria à êl, como en la verdad lo pretẽden, cõ tãto desahogo, y cõ dicia, que en la segunda peticion que presentaron, ante el Alcalde mayor, concluyeron.

108 ¶ *Deberse distribuir todo el remaniente del quinto entre ambos a dos, como sus parientes mas cercanos*, supr. n. 14. Y a que correspondiò la sentencia del susodicho: *En que declarò por reuocado el primer codicilo, en fuerça de otro vltimo*: y que todo el remaniente lo lleuen las otras partes supr. n. 15.

109 ¶ Y para en este caso, ninguno ha puesto en disputa, que dexè de ser necessario probar con la solemnidad del Derecho, y numero bastante de testigos, la vltima disposicion en la forma que dexamos considerado, y probado en los fundamentos antecedentes.

110 ¶ Et expressè notant extra Antiquiores, Dom. Couarr. *in rubric. de testam.* 2. *part. num.* 19. vers. *Quarta conclusio,*

Burg.

personas que nombra, y otras muchas que dize huvo, pudieron concurrir juntos cercados de la cama, y oir la disposicion de boca del enfermo, estando tan a lo vltimo de su vida con el parasismo que auia passado, ya oleado, y que a pocas horas espirò, puede ser cierto? Y mas quando otros, sin tacha, ni sospecha, que alli concurrieron, de quibus infra, no lo vieron, ni oyeron; considerent, & pẽsissent occulatissimi, & integerrimi Iudices, de cuyo arbitrio pẽde todo, *dict.l.3.de test. & l.Lutius, ff. de his qui notant infam.* & DD.*sup.à num.*46.*dict.l.ob carmen* 21.*§.fin.*illic: *Confirmauitque Iudex motũ animi sui, ex argumentis testimonijs, ea quæ rei aptiora, & verò proximiora esse competerit.* D.Franc.de Leon *dict.decis.*40.*num.*106.ibi: *Et quando depositio testis est in verosimilis ei non creditur. Et Iudex potest ex causa non adhibere fidem testibus, plenè deponentibus.*

62 ¶ La quarta, & notatu etiam dignissima, consiste, en que debiendo, luego que muriô Domingo Martin, hazer la diligencia judicial las otras partes, pidiendo el examen de los testigos instrumentales, para que constasse de su vltima voluntad, y se publicasse, y protocolasse, ex iuribus supr.num.42.& 43.

63 ¶ Tantum distat, que entonces la hiziessen (auiendo asistido en su casa, y muerte) que dexaron passar mas de vn mes, sin intentar cosa alguna, ex cuius tarditate, malam causam fouere præsumitur, & non esse verum, *l. si quis forte, ff. de pœn. cap.*1.*de frig. & malefic.*Crauet.*cons.*28.*num.*6. *& cons.*72.*n.*9. Ossasc.*decis.*117.*num.*9.Afflict.*decis.*13.*num.*17.Menoch. *de arbitr.cas.*91.*num.*7.Castrens.*cons.*2n2.*num.*3.ibi: *Vnde si vera esset dicta exceptio, vel allegatio, credendum est, quod non tantũ distullisset eam proponere, & præsumendum est potius, quod nõ sit vera, postquam à principio non præposuit.*

64 ¶ La quinta, y vltima. Porque contra las deposiciones de los testigos presentados por Francisco, y Vaez, y Consorte, dizen a fauor desta parte.

65 ¶ El Padre Fray Ioseph de San Gabriel, Religioso Descalço de la Santissima Trinidad: *Que asistiò a el enfermo la tarde del dia en que muriò, desde las tres hasta las quatro y media no le oyò palabra que concerniera à esto, ni se tratò alli, asistiendo a su cabecera, antes las razones que daua, parecia no ser a proposito.*

66 ¶ Doña Elena de Zuñiga, biuda de Geronimo de Morales: *Que estuuo desde las dos de la tarde del dia que muriò, hasta las quatro con Domingo Martin, y no le oyò tratasse de el quinto de sus bienes, ni hablasse en esto.*

67 ¶ *Bartolome de Naruaez*, mercader de sedas, cuñado de doña Alfonsa, dize: *Asistiò en las casas de Domingo Martin*

manda que dà principio a el juyzio, *l. cum precum, C. de liber. cauf. l.2. C. de instit. & substit. cap. fin. de confess.* Mascard. *conclus.* 368. *à num* 4. Menoch. *de arbitr. cas.* 279. *num.* 4. Farin. *quaest.* 5. *num.* 25. Gratian. *decis.* 19. *numer.* 21. Gutierr. *de iuram.* 1. *part. cap.* 47. *num.* 14. D. Valenç. *cons.* 27. *num.* 32. Cancer. 3. *variar. capit.* 7. *num.* 348.

116 ¶ Et sic quando se huviera de estar a lo que contiene, (sin embargo de tantas considerationes, como las aduertidas en los fundamentos antecedentes) no se podrà ajustar quedasse por ella reuocado dicho codicilo, ni quitada la facultad a los Albaceas, y a Matias de Triana, de repartir en limosnas, y obras pias lo que restasse del quinto, vt videre est ex seqq.

117 ¶ Tum, porque auer dicho, que *por via de declaracion declaraua, &c.* supr. *num.* 10. & 114. no fue alterar, ni disponer de nuevo, si no manifestar, que su animo auia sido desde el principio, de que en el repartimiẽto del quinto que se auia de hazer en limosnas, y obras pias entrassen tambien sus parientes.

118 ¶ Nam declaratio, nihil de nouo dat, sed datum significat, *l. adeo, §. videtur, ff. de adquirend. rerum domin. l. haeredes palam, §. si quis potest, ff. de testam. Clement. exiuit. §. harum declarat. de verbor. significat. Gloss. in cap. per tuas, verb. de nobo, de donationib.* Dom. Castillo *controuersiar. libr.* 3. *capit.* 10. *num.* 30. *libr.* 5. *cap.* 89. *num.* 172. D. Salgad. *de regia protect.* 1. *part. capit.* 1. *num.* 24.

119 ¶ Tùm, porque licet algunos de los testigos se adelantan a dezir; vno, que *reuocaua el codicilo*; otro, que *tenia disgusto de auerle hecho*; y otro, que *lleuassen sus parientes todo el quinto*; ademas de la variacion, y encuentro que en si tienen, y no conforman como deuen hazerlo, porque no merecen credito, ex dictis supra, á *num.* 35. & iudicantur singulares per iura congesta, *à nu.* 77. *cum seqq.*

120 ¶ Se oponen tambien *a el pedimento, y articulo de la parte en la segunda pregunta*, cuyo tenor, y forma deuian obseruar, ad vnguem; pues sobre ello fueron preguntados, y no auiendolo hecho, nullius sunt momenti.

121 ¶ Probant in puncto Bald. *in cap. bonae el* 1. *de elect. num.* 9. Alex. *cons.* 153. *num.* 4. *vol.* 5. Socin. Iun. *cons.* 29. *à nu.* 21. *vol.* 7. Roland. *cons.* 33. *num.* 48. Honded. *cons.* 16. *num.* 26. *libr.* 2. Mascard. *conclus.* 1381. *num.* 9. Cancer. 1. *variar. cap.* 4. *de testat. num.* 85. & iterum *num.* 87. ibi: *Veritas est, quod vbi pars in sua petitione, se restrinsit ad sua formalia verba, vel Iudex de formalitate verborum interrogasset, quod eo casu discordia inter testes*

 super

72 ¶ A cuyas deposiciones deue inclinarse el arbitrio, por ser de personas sin sospecha, niteres, y de mas autoridad, *l.3. in princ.ff.de test.l.fin.ff.de fid.instrument.* Bald.*in l.ad testium, num.21.C.de test.*Menoch.*de rescind.rem.3.num.719.& de arbitr.casu 526.num.21.*

73 ¶ Licèt fuesse menor el num. DD. *in cap. in nostra de testib.l.ob carmen,§.fin.de test.l.41.tit.40.part.3.*Gabr. *commun.tit.de testib.§.fin.*Staiban.*resolut.for.68.nu.38.*illic: *Imò plus dico, quod in isto casu etiam si nostri testes essent numero pautiores, adhuc eis magis credendum esse.*

74 ¶ Maximè, padeciendo los contrarios tantos achaques, encuentros, ê inuerosimilitudes, como las aduertidas, deuiẽdo para disposicion testamentaria, reduzida â solos testigos, sin escriuano, ser mayores de toda excepcion, Dec.*cons.105.nu.15. ad med.*Cras.*§.testamentum, quast.57.num.1.*Gregor. Lop.*in l.1.tit.1.part.6.*verb.*ante siete testigos,*D.Ger de Leon *dict.decis.30.num.79.*

(*) *TERCERO FVNDAMENTO.* (*)

75 OTro defecto bien considerable padece la probança de los Actores, para que no se juzgue por bastante a perficionar disposicion de vltima voluntad.

76 ¶ Qual es; el no convenir los testigos en vn mesmo tenor, y forma de palabras, aunque sea en la nuda corteza, y sonido dellas, como se requiere, y es necessario, quando por solas sus deposiciones se trata de probar per nuncupationem, sin la autoridad de escriuano, aunque conviniessen en la substancia.

77 ¶ Asi lo resueluen in casu Bel.*in l. cum antiquitas, C.de iur.deliber.num.5.*Anton.de Butrio *in cap.nihil.7.de verbor.significat.num.2.*illic: *Et pro tanto vidi dubitari de isto, duo testes fuerunt producti ad probandum, quod Titius instituit Seiũ haredẽ, & vnus dixit: Seio quod audiui, & quod dixit, Seiũ haredem instituo. Alius dixit, quod dixi Seius hares sit. Et terminatum fuit de facto, quod essent testes contrarij, aut singulares, & nõ probarent; quia recitabant verba, vt ab alio prolata, ideo debuerunt concordare in verbis pradictis.*

78 ¶ Rimin.Sen.*cons.545.num.11.libr.3.*illic: *Testes asserentes verba alicuius debent concordare in cortice verborum, & circa probationem institutionis, vnus testis dicebat: sic scio, quia audiui: quod dixit Seium haredem instituo; alius dixit: Seium haredem esse volo, quod isti testes essent contrarij, & non contestes.*

79 ¶ Asi se determinò en el Senado de Saboya en dos nego-

126 ¶ *Vbi autem in distintè pauperes scripti sunt haeredes, tibi xenonem eius ciuitatis omnimodo haereditatem nancisci, & per xenodochim in agrotantes fieri patrimonij distributionem,* Et infra: *Quis enim pauperior est hominibus, qui, & innopia tenti sunt, & in xenone repositi, & suis corporibus laborates, necessariũ victum sibi non possunt aferre?*

127 ¶ *L.20.tit.3.partit.6.* ibi: *Diziendo el testador; establezco por mi heredero a los pobres, ò mãdo por anima, que sean dados mis bienes a pobres: porque dudariam algunos en quales pobres deuen ser repartidos. Dezimos, que los deuen auer, è dar à aquellos que fueren fallados en aquellos Hospitales de aquella ciudad, ò villa, que el testador mandò, è señaladamente à aquellos que por algunas enfermedades en que yacen non pueden salir de los Hospitales a pedir de que viuan: assi como contrechos, ò los cojos, ò los ciegos, ò los niños desamparados que crian en ellos, ò los muy viejos, ò los que ouiessen otras enfermedades a tales, porque non pudiessen andar, nin salir de los Hospitales, porque estos lo han mas menester, que los otros que puedan andar a pedir donde biuan:* vbi Greg. plura notabilia animaduertit.

128 ¶ Despues en acomodar mugeres pobres, y huerfanas, que por sus necessidades corren peligro, que tienen la recomendacion de su Magestad en los capitulos de la reformacion general del Reyno, §.19. *versic. penult.* donde hablando con los Prelados, se las encarga por las mas precissas, y obligatorias de su Estado, ibi: *Procuren remediar, y acomodar mugeres pobres, y huerfanas en los lugares donde estuuieren; pues entre las obligaciones, y limosnas a que estan vinculadas las rentas, y bienes Eclesiasticos en el Estado que oy tiene este Reyno; es esta vna de las mas precissas, y meritorias.*

129 ¶ Y tãbien para los vergonçãtes honrados, que se dexaran perecer antes que llegara â pedir, y auiendo tenido caudal cayeron en pobreza, vt considerat Diu. Ambros. *lib.1. de offic. cap.30.* cuius verba refert Gratianus *in cap. consideranda 17. dist.86.* ibi: *Consideranda est etiam in largiendo atas, adque debilitas; non nũquam etiam verecundia, quae ingenuos prodit natales: vt senibus plus largiaris, qui sibi labore iam non queunt victum quarere: similiter, & debilitas corporis, & hac iubanda promptius: tunc si quis ex diuitis cecidit in agestatem.*

130 ¶ No puede quedar reuocado por la clausula posterior general, ratione priuilegij causae piae. Probatur clare, *ex l. libertis 18. §. Posthumis, ff. de alimẽt. & ciuar. legat.* Dõde vn testador entre otros muchos legados q̃ dexò por su testamẽto, mandô se diessen

voluntad, que lo que sobrasse, se repartiesse a sus parientes.

86 ¶ Diego Martin: *Que le oyò como estaua disgustado con la manda que auia hecho del quinto de sus bienes en pobres, y obras pias, y que supiessen era su voluntad fuesse el remaniente para sus parientes.*

87 ¶ Iuan de Naruaez, ortelano: *Que viò que el Padre Pedro Couo dixo a Domingo Martin, aquella manda del quinto que dexò v.m. en su codicilo para limosnas, y obras pias, quiere v.m. que se parta en los parientes de su muger? Y respondiò, que no quiere entrassen los parientes de su muger, porque ya le auia dexado 20. Rs. si no que todo el remaniente del quinto se repartiesse entre sus parientes.*

88 ¶ Francisco Martin, *que no se acuerda à la hora que fue, dixo Domingo Martin, queria que el remaniente del quinto fuesse para sus parientes.*

89 ¶ Por cuyas declaraciones bien se manifiesta la diuersidad tan contraria en las palabras, y sentidos dellas, conque por esto, y para en el caso de no concluir disposicion testamentamentaria perfecta, se juzgan singulares.

90 ¶ Sic ex Felin. *in cap. licèt ex quadam, de test. n.* 17. Roland. *cons.* 33. *num.* 11. Mascard. *conclus.* 856. *num.* 19. Petra *de fideicom. quæst.* 12. *num.* 1292. Farinac. *de testib. quæst.* 64. *n.* 6. D. Franc. Geron. de Leon *dict. decis.* 40. *lib.* 3. *à nu.* 110. videndus, vbi *num.* 114. inquit in hæc verba: *Testes dicuntur singulares, non solum quando discordant in facto, & in substantia, sed etiam si discordant in verbis; vbi tamen agitur de formalitate verborum, tunc in verbis discordantes minimè probant, etiam quod in sensu conueniant. In casu autem nostro testes discordãt in verbis, vnus testatur, quod Solanes dixit vxori: tibi relinquo omnia; alius enim dixisse: quod eam faciebat hæredem: alius verò deponit; quidquid habeo tibi relinquo, & hæredem facio: alius ita dixisse: volo quod bona mea sint tua. Quæ omnia verba, licèt in effectu idem significent, tamen discordant in cortice, quo casu non probant testamentum nuncupatiuum.*

(*) *QVARTO FVNDAMENTO.* (*)

91 TAmbien està defectuosa, ratione solemnitatis, esta llamada disposicion; siquidem es forma precissa del derecho, que los testigos para testamento nuncupatiuo, limitado a solas sus deposiciones, sean rogados, y llamados, sin que baste el hallarse presentes casualmente.

92 ¶ *L. hæredes palam, §. in testam. ff. de testam.* ibi: *In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, vt testamentũ fiat:*

es imperfecta, y menos solemne. Tunc etenim, neque aquam, se deue tener por reuocado.

136 ¶ Ad text. *in l. proximè 3. ff. de his qui in testamento delentur.* Donde auiendo vno formado testamento, con institucion de herederos, y dexado libertades a esclauos, y otros legados, lo abriò despues, y echandole vnas rayas, testò algunas cosas, hallose tambien testado el nombre de vn esclauo: dudose si quedaria reuocada cō lo rayado su libertad, ibi: *Nomen serui, quem liberum esse iusserat induxit.* Y saliò determinacion de que no: fauore libertatis, illic: *Antoninus rescripsit liberū eum, nihilominus fore, quod videlicet fauore cōstituit libertatis.*

137 ¶ Decision comunmente extendida, y obseruada en los legados pios, vt post Bart. Bald. Angel. Immol. & alios obseruat Iass. *in l. si vnus, nu. 7. C. de testam.* Alban. *in lucubrat. ad Bart. in dict. l. proximè, vers. fin. litter. G.* Guid. Pap. *quæst. 100. per tot.* Mantic. *lib. 12. tit. 2. num. 25.*

138 ¶ Licet los que se fundan en la vltima disposicion sean parientes del testador, vt in punto Ant. Fab. *in C. libr. 1. tit. 2. diffin. 39. per tot.* ibi: *Piæ causæ priuilegium illud est, vt si quid relictum sit in vltima voluntate solemni, quæ reuocata sit, per subsequens testamentum non solemne, in quo scripti sunt agnati proximiores abintestato successori, nō tamen reuocatum censeatur, quod piæ causæ legatum fuerat.*

139 ¶ Tùm, porque (quando lo antecedente fuera disputable) el mayor priuilegio de los parientes, para introduzirse por el legado general en lo que sobrare del quinto, no ha de ser para quitar absolutamēte *el repartimiēto de limosnas, y obras pias que a los Albaçeas, y a Matias de Triana se auia dexado por el codicilo,* si no a que en la distribucion q̄ huvieren de hazer se les dê parte a ellos, & quod magis est, que los prefieran a los estraños, *cap. non satis 86. distinct.* Glos. *in c. 1. de cohabit. Cleric. & mulier.* Surd. *de aliment. tit. 1. q. 93. num. 2. cum seqq.* Menoch. *cons. 321. n. 3. lib. 4.* ibi: *Et cum eleemosina est distribuenda aliis, primo eligendi sunt pauperes ex sanguine,* Aguſt. Barbos. *de potest. Episcop. 2. p. allegat. 83. nu. 17.* ibi: *Deputatis ad certa bona distribuenda inter pauperes, aliqua aduertendum duxi, & in primis, quod huiusmodi eleemosinæ prius debent dare illis, qui sunt ex sanguine.* Peralt. *in l. si quis Titio 17. num. 15. ff. de legat. 2.*

140 ¶ Y el darles prelacion, no solo no es excluyr otras limosnas, y obras pias, antes admitirlas, y conseruarlas despues de socorridos los tales pariētes, *l. Lucius, Titius 85. ff. de hær. instit. l. 3. §. posse, & §. emancipate, ff. de assig. liber. l. vbi autem non oportet, ff. de V. O. l. 2. §. 1.* vers. *Cum enim esset prælatio, ff. ad Tertul. l. cum filius 76. §. pater, cum filia, ff. de legat. 2. Auth. cessante, C. de legat. hær.*

141 ¶ Bald. *in l. fratres, nu. 13. C. de inoffic. testam.* Menoch. *cons. 106. num. 247.* Alvar. *libr. 4. cap. 2. nu. 36.* Thesaur. *decis. 96. num. 5.* ibi: *Cum vtatur I. C. ibi, verb. prælationis, quod esse non potest, sine expressa vocatione,* D. Molin. *de primog. lib. 2. cap. 17. apostila 1.* ibi: *Nota, quod si masculus præfertur feminæ eo ipso fœmina admissa videtur.* Peregr. *de fideic. artic. 25. num. 51.* Ioann. Ant. Bell. *cons. 72. à num. 30. vsque ad 36.*

Ad-

98 ¶ Angel. Areti. *in §. fin. Instit. de testam.* vbi affirmat: *Se assistentem Perusij vidisse, Peritum aduocatum in hoc errasse, & ideo causam amisisse.*

99 ¶ La qual tambien se induze de nuestras leyes Reales, dict. *l. 1. tit. 4. lib. 5. Recopil.* illic: *Teniendo las otras calidades que el Derecho requiere,* Greg. Lop. *in dict. l. 1. tit. 1. part. 6.* verb. *que sean llamados, y rogados.* Palac. Rub. *in l. 3. Tauri, nu.* 66. ibi: *Testes, qui interueniunt in testamentis debent rogari, deficiente autem testium rogatione testamentum est nullum, non solum in testamento inscriptis, sed etiam in nuncupatiuo,* Burgos de Paz *in dict. l. 3. Tauri, num.* 550. Alborad. *de coniectur. lib. 3. §. 2. cap. 2. num.* 13. Spino *de testam. glos. 31. num. 29.*

100 ¶ Dom. Menchac. *de success. creat. libr. 2. §. 13. requis. 9. num.* 64. illic. *Qui nimo id secundum nos, verum non potest videri, nam, & etiam de iure nostro ista constitutio, qua nuncupatiua dicunt, eodem moruo laboraret, si testes non deposuerint, quod sint rogati, quia per l. ordin. del Rey don Alonso en Alcalà, & transumptiue in ordinationibus Regalibus, libr. 5. cap. 2. l. 1. Licet in testamento nuncupatiuo sit diminutus numerus testium, qui erat necessarius, per l. 1. tit. 16. part. 6. sup. allegata, tamen rogitus testium, de quo in dict. l. Partita non est sublatus.* Ex quam plurimis Matienç. *in dict. l. 1. tit. 4. lib. 5. Recopil. gloss. 8. num. 7.*

101 ¶ Ceruant. *in l. 3. Tauri, num.* 109. ibi: *Et concordat. l. 1. tit. 1. part. 6. quam legem si recte consideres, reperies eum testium rogitum, sic fieri oportere, vt non sufficiat, quod testes vocentur à testatore, nisi etiam specialiter ab eodem fuerint rogati, vt patet ex illis verbis, llamados, y rogados de aquel que lo faze.* Et posteà ibi: *Et inde aduocati debent articulare in testamento testes, & præsentes, & rogatos fuisse, nam si præsentes solummodò dixisse, non concluderent, cum præsentes esse potuisse fortuiti, & non rogati.*

102 ¶ Y este defecto, no solo no se ha negado por Francisco Baez, antes el mesmo en posissiones, con juramento de pedimiento de esta parte, y por mandado de la Sala afirma: *Que los mas de los testigos fueron a casa de Domingo Martin, acompañando el Santo Olio, y por esta razon se quedaron, y hallaron presentes, y no porque el susodicho de oficio los embiasse a llamar.*

102 ¶ Que es la mayor probança que el Derecho considera, *l. 1. l. certum 6. in princip. & in §. si alia, ff. de confess. l. 1. C. eod. l. 5. tit. 21. lib. 4. Recop.* cum vulgatis.

103 ¶ Contra la qual no se puede admitir otra, so las

penas

go Martin le estaua en obligacion, por auerle ayudado a ganar la hazienda, y lo testigos se alargan en esto: ha presentado Matias de Triana carta de pago, y fini quito, que el año de 56. otorgô Francisco Baez, en que con 4U. reales que recebi de Domingo Martin, lo dâ por libre de todas quentas, empleos, compañias, y viages que ha hecho. Y tambien depone Manuel Rodulfo, caxero, oyô â Domingo Martin, que despues que Francisco Baez saliò de su casa tenia hazienda.

(*) *SEPTIMO FVNDAMENTO.* (*)

150 QVando Domingo Martin pretenden dixo; *queria que sus parient lleuassen el remaniente del quinto*, fue no en tiempo que el tratas de hazer nueva disposicion, si no respondiendo a la pregunta que l hizo el Padre Pedro Cobo, *de si quiera se repartiesse en los hermanos de su muge parte del quinto que auia mandado en su testamento*: assi lo concluye Iuan d Naruaez, testigo, supr. *num.* 7. que siendolo presentado por las otras partes le per judica en todo, licêt vnicus sit.

151 ¶ Veluti in casu ex Iass. *in l. admonendi, ff. de iur. iur.* Paris. *cons.* 88 *num.* 12. *lib.* 3. Gratian. *disceptat. cap.* 765. *num.* 58. Menoch. *cons.* 60. *num.* 18 *lib.* 1. Roman. *cons.* 104. *num.* 6. Mascard. *de probat. conclus.* 1241. *à nu.* 1. Farin *quæst.* 62. *limit.* 10. *num.* 237. Stayban. *resolut.* 54. *n.* 21.

152 ¶ Y auiendo sido esto despues de recibida la extremauncion passa do vn parasismo, en que entendieron se auia quedado, ya acabando, tiempo en solo pensaria en la muerte, y agonias della, y que a pocas horas despues fallecio no es posible estuviesse para semejante acto, ni atendiera â lo que se le pregun taua.

153 ¶ *L. hac consultissima, §. ad cum humana, C. de testam.* ibi: *At c humana fragilitas, mortis præcipuè cogitatione perturbata minus memoria pos sit res plures consequi:* Plat. *lib.* 11. *de legib.* ibi: *Deliramus prorsus, & fracto quo dam modo animo iacemus, plerique cum iam, iam, mori, arbitramur.*

154 ¶ Anton. Mornaz. *in repet. l.* 10. *ff. fam. hercis.* ibi: *Urgente enim v morbi, metuque imminente, factique proximi, vere tunc peregrinatur, vagatur versatur, percellitur, fluctuatque huc, & illuc impositis animus, neque videt &c.*

155 ¶ Conque semejantes disposiciones, hechas en esta ocasion, y a in terrogacion de otro, se juzgan turbulentas, y por seguras, como lo consideran So cin. Sen. *cons.* 32. *num.* 18. *vol.* 3. Castrens. *in* 9. *l. hac consultissima, §. at cum hu mana, num.* 2. Tiber. Decian. *respons.* 61. *num.* 4. Polid. Pip. *de actu in mort. act cap.* 6. *num.* 6. Mantic. *de coniectur. lib.* 2. *tit.* 6. *num.* 5. Gaspar Anton. Thesaur *lib.* 2. *for. quæst.* 99. *n.* 9.

156 ¶ Y sujetas a falsedades, è insidias, *dict. l. iubemus, C. de testam.* ibi *Et falsitas in elogijs committitur*, vbi Bart. *num.* 1. D. Greg. Magn. *in regist. lib.* 11. *cap.* 36. ibi: *Cessent testamentorum insidiæ, mens tunc in minuta, animusque paruem validus.* Angel. *in l. in fraudem, § sicut autem, num.* 3. *ff. de testam. mi lit.* Ann. Robert. *rer. iudic. cap.* 10. *fol.* 438. per verba supra relata, *n.* 20.

VLTI

Burg. de Paz *in l.3. Taur. nu.* 813. Alvarad. *de coniect. libr. 1. cap. 3. in princip.* Sim. de Præt. *de interpret. lib. 1. fol. 17. nu. 28.* Mantic. *de coniect. lib. 12. tit. 13.* Peregrin. *consf. 34. num. 4. lib. 3.* Burg. de Paz *iun. consf. 27. num. 7.* Surd. *consf. 129. num. 43. libr. 1.* quam plurimos congerit Dom. Castill. *libr. 4. cap. 19. num. 29.* ibi: *Si enim tendit ad aliam dispositionem, siue quaratur probari aliqua dispositio de nouo, vel addendum, vel minuendum, aut adimendum, vel corrigendum, vel aliquo modo alterando disp sitionem iam apparentem; tot testes requiruntur, quod sunt necessarij ad probationem dispositionis.*

111 ❡ Y porque como el legado de lo que se haze de el quinto de los bienes de Domingo Martin, lo dexò el susodicho para distribuir en limosnas, y obras pias a voluntad de sus Albaceas, y de Matias de Triana, *in codicilo ante escriuano, y testigos supr. num. 7.* Para auer de quedar este reuocado en el todo, y aplicar dicho quinto a solos sus parietes: es necessario, que esto sea por otra disposicion, eque solemne, aliâs enim nullius erit momenti.

112 ❡ *L. 2. ff. de in iust. rupt. l. sancimus, C. de testament. §. potesteriore, Instit. quib. mod. testam. infirm.* notabilitèr text. *in l. si iure 18. ff. de leg. 3. l. 21. tit. 1. part. 6.* ibi: *El primero testamento se puede desatar por otro que fuesse fecho despues cumplidamente*, vbi Greg. lit. A. & pasim DD. & sic non immoramur in re tam manifesta.

(*) SEXTO FVNDAMENTO. (*)

113 PONderamos por cosa digna de toda atencion el ver, que aunque no luego que muriò Domingo Martin (que es quando la verdad se manifiesta) si no auiendo dexado passar vn mes de tiempo, en que pudo influir la preuencion de testigos, maquinacion, y fabrica para la maquinacion deste pleyto, vt inquit Imperator *in Autn. de qualit. dot. §. si autem mulier*, ibi: *Quod enim ab initio factum est, in toto sine suspitione est: quod autem postea machinatum est contra creditores, hoc ipso introducit meditationem.*

114 ❡ Todauia en la primer peticion que diò origen a este pleyto, donde ay obligacion de venir la parte instruyda para el juyçio: de ninguna manera dize, ni toma en la boca, que Domingo Martin *reuocasse el codicilo*: no: si no que *por via de declaracion dixo, y declarò, que su voluntad era, que las limosnas, y obras pias en que se auia de distribuir el quinto fuesse entre sus parientes*; sin hazer mencion *del dia, ni hora en que esto passasse* suprà, *num.* 10.

115 ❡ Confessiona que se ha de estar por hecha en la demanda